

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE
1^{re} chambre C
ARRÊT DU 15 FÉVRIER 2018

Rôle N° 17/02512

Jakes ALBISTY SAS SERAZ C/ SAS SERCA SAS OVH

Décision déferée à la cour : Ordonnance de référé rendue par le président du tribunal de grande instance de Nice en date du 2 février 2017 enregistrée au répertoire général sous le n° 16/02020

APPELANTS

Monsieur Jakes Z
de nationalité française, demeurant Nice

LA SAS SERAZ
dont le siège est Nice

Représentés et assistés par Me Frédéric MORISSET, avocat au barreau de Nice substitué par Me Marie-Monique CASTELNAU, avocat au barreau d'Aix-en-Provence

INTIMÉES

LA SAS SERCA
dont le siège est
Arles-sur-Tech
prise en la personne de son liquidateur la SARL IMMOBILIÈRE GALIOT
dont le siège est Paris représentée et assistée par Me Claude ... substitué par Me Laure LAYDEVANT, avocats au barreau d'Aix-en-Provence

LA SAS OVH
dont le siège est Roubaix
représentée par Me Philippe BRUZZO, avocat au barreau d'Aix-en-Provence assistée par Me Blandine ... substituée par Me Christine VROMAN, avocats au barreau de Lille, plaidant

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 9 janvier 2018 en audience publique. Conformément à l'article 785 du code de procédure civile, Madame Annie Renou, conseillère, a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La cour était composée de :

Mme Geneviève TOUVIER, présidente

Mme Annie RENO, conseillère

Madame Lise LEROY-GISSINGER, conseillère

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Sylvie MASSOT.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 15 février 2018

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 15 février 2018,

Signé par Mme Geneviève TOUVIER, présidente, et Madame Sylvie MASSOT, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le 6 avril 2012, sur proposition de monsieur Jakes Z, les copropriétaires de l'immeuble LE CASTEL EMERAUDE, route de la Corniche à ARLES SUR TECH, ont constitué la société SERCA pour exploiter cet immeuble comprenant 52 appartements, en résidence meublée avec services.

Le siège de la société était le ... Emeraude et le nom commercial de la société Le Castel Emeraude

En juin 2012, lorsqu'il s'était agi de doter la société SERCA d'un site internet pour publier ses prestations, monsieur Z, représentant légal de la société, s'est adressé à la société INFO HELP

Le nom du domaine choisi a été 'castelemeraude.fr'.

Un site a été créé sur ce domaine et vendu à la société SERCA

En avril 2015, l'hébergement du site et de ses éléments annexes ont été transférés chez l'hébergeur OVH.

En février 2016, à l'occasion d'une panne de ses outils informatiques de travail, la société SERCA sous sa nouvelle présidence, a constaté que son nom de domaine castelemeraude.fr, son site et la messagerie associée, éléments de son fonds de commerce,

étaient enregistrés auprès d'OVH comme s'ils étaient la propriété de la société SERAZ avec contact administratif en la personne physique de monsieur Z.

La société SERCA a conclu à une simple erreur, qui ne pouvait toutefois être réparée que par la procédure de transfert de propriété.

Cette procédure n'aboutissant pas, elle a saisi le Président du tribunal de grande instance de Nice statuant en référé d'une demande tendant à voir constater que la société SERCA est propriétaire depuis juin 2012 de son nom de domaine 'castelemeraude.fr', du site wwwcastelemeraude.fr et de la messagerie associée contact@castelemraude.fr et ordonner à la société OVH de lui transférer la propriété des éléments du site, codes et moyens propres à l'administrer.

Par ordonnance en date du 2 février 2017, le tribunal de grande instance de Nice statuant en référé a :

- rejeté les exceptions soulevées par les défendeurs ;
- donné acte à la société OVH de ce qu'elle s'en rapporte sur la solution du litige ;
- vu l'article 809 du code de procédure civile :
- constaté que la société SERCA est propriétaire depuis juin 2012 de son nom de domaine 'castelemeraude.fr', du site wwwcastelemeraude.fr et de la messagerie associée contact@castelemraude.fr ;
- ordonné en conséquence à la société OVH hébergeur, de restituer à la SAS SERCA l'accès à son nom de domaine 'castelemeraude.fr', à son site wwwcastelemeraude.fr et à la messagerie associée contact@castelemraude.fr, et à la propriété des éléments en question, codes et autres de manière à pouvoir les administrer, dans un délai de 8 jours de la signification de la présente décision, puis, passé ce délai, sous astreinte de 300 euros par jour de retard pendant 3 mois ;
- rejeté le surplus des demandes ;
- condamné in solidum la SAS SERAZ et, monsieur Jakes Z à verser à la SAS SERCA la somme de 1 200 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance de référé.

L'ordonnance a été exécutée

La société SERCA a aussi vendu son fonds de commerce.

Elle a été représentée par son président, la société immobilière GALIOT du 1^{er} février 2016 au 30 septembre 2016, cette société ayant été élue en qualité de liquidateur le 29 octobre 2016 pour prendre ses fonctions le 1^{er} décembre 2016.

Monsieur Z est quant à lui actuellement président de la société SERAZ .

Le 8 février 2017, monsieur Z et la SAS SERAZ ont relevé appel de l'ordonnance.

Dans leurs dernières conclusions du 17 mai 2017, ils demandent à la cour :

- de réformer l'ordonnance ;
- de déclarer la société SERCA irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir ;
- de dire n'y avoir lieu à référé, en l'état de contestations sérieuses ;
- en toute hypothèse de condamner tout succombant à verser à monsieur Z et à la SAS SERAZ la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Par dernières conclusions du 7 juillet 2017, la société OVH demande à la cour de :

- constater que le juge des référés du tribunal de grande instance de Nice a excédé ses pouvoirs en ordonnant à la société OVH de restituer à la société SERCA l'accès à son nom de domaine castelemeraude.fr ;
- de constater le caractère infondé de la mise en cause de la société OVH dans la procédure ;
- en conséquence :
- d'infirmier l'ordonnance ;
- de condamner tout succombant à lui payer la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Par dernières conclusions du 17 juillet 2017, la société SERCA demande à la cour :

- de débouter monsieur Z et la SAS SERAZ de leurs demandes ;
- de confirmer l'ordonnance ;
- y ajoutant :
- de dire que monsieur Z et la société SERAZ alors qu'ils étaient informés par la société SERCA se sont constitués en faute non seulement en ne faisant pas le nécessaire pour mettre le plus rapidement possible un terme à la situation de recel des éléments informatiques du fonds de commerce de la société SERCA mais, de plus, en tentant de retarder la fin de ce recel dont la société SERCA subissait nécessairement préjudice puisqu'elle avait décidé le 29 octobre 2016, de vendre son fonds de commerce ce que monsieur Z, actionnaire de la société SERCA n'ignorait pas ;
- de condamner solidairement monsieur Z et la société SERAZ à lui payer la somme de 3 000 euros à titre de dommages-intérêts ;
- de condamner les mêmes solidairement au paiement de la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens dont distraction au bénéficiaire de Maître Claude

- à titre subsidiaire, dans la mesure où elle estimera que la situation de recel des éléments informatiques du fonds de commerce de la société n'était pas une erreur mais la volonté de monsieur Z, personnellement et ou en qualité de président de la société SERAZ de surseoir à statuer au visa de la plainte du 29 octobre 2016 et de l'enquête en cours, ainsi que de l'article 4 du code pénal.

La cour se rapporte aux conclusions des parties pour un plus ample exposé des faits et de leurs moyens.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Attendu qu'en premier lieu, la société SERAZ et monsieur Z sollicitent la réformation de l'ordonnance en ce que le juge des référés du tribunal de grande instance s'est déclaré compétent pour connaître du litige alors que, s'agissant d'un litige entre sociétés commerciales, seul le juge des référés du tribunal de commerce pouvait être compétent ;

Attendu qu'il y a lieu de noter toutefois, comme l'a fait le premier juge, que monsieur Jakes Z n'était pas commerçant, peu important son degré de responsabilité dans l'affaire, de sorte que la juridiction de droit commun avait un chef de compétence ; qu'étant défendeur, il ne pouvait pas revendiquer la compétence de la jurisprudence commerciale, conformément à une jurisprudence constante prise en application de l'article L 721-3 du code de commerce ;

Attendu de toutes façons que l'article 79 du code de procédure civile dispose que 'lorsque la cour infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente' ;

Que l'argument d'incompétence soulevé par la société SERAZ et monsieur Z est donc sans portée juridique, et que la cour statuera sur le fond du litige ;

Attendu, sur le sursis à statuer, qu'il n'est demandé qu'à titre subsidiaire par la société SERCA ; que l'existence d'une plainte pénale n'oblige pas la juridiction civile à surseoir à statuer dans l'attente de la décision pénale ; qu'au vu des éléments de la cause, il n'y a pas lieu, pour la présente cour, de surseoir à statuer ;

Attendu que la société SERAZ et monsieur Z soulèvent par ailleurs le défaut de qualité à agir de la société SERCA au motif qu'elle est en liquidation judiciaire et que, si l'assemblée générale de la société du 29 octobre 2016 a désigné la société civile IMMOBILIÈRE GALIOT en sa qualité de Président de la société SERCA et antérieurement à la liquidation, avec les plus amples pouvoirs pour traiter les dossiers de la société SERCA désigner avocat, signer tous documents et traiter tout nouveau litige, sa mission a été limitée au 30 novembre 2016 ; que la société IMMOBILIÈRE GALIOT a été élue en qualité de liquidateur à compter du 1^o décembre 2016, mais que ce n'est que par assemblée générale du 8 janvier 2017 que le liquidateur s'est vu donner tout pouvoir pour représenter la société SERCA en demande comme en défense, devant toute juridiction ; que ce pouvoir n'a pas été donné au liquidateur avant l'instance, de sorte que selon les appelants, la société SERCA doit être déclarée irrecevable en ses demandes pour défaut de qualité et d'intérêt à agir ;

Attendu qu'il ne s'agit pas d'une fin de non recevoir mais d'une exception de nullité pour défaut de pouvoir du liquidateur de représenter la société SERCA ;

Attendu toutefois qu'aux termes de l'article 121 du code de procédure civile, 'dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue' ;

Attendu que l'ordonnance déférée est en date du 2 février 2017 ; que, par assemblée générale du 8 janvier précédent, le liquidateur avait reçu pouvoir de représenter la société SERCA en demande comme en défense, devant toute juridiction ;

Que c'est donc à bon droit que le premier juge a écarté l'exception de nullité soulevée ;

Attendu que la société SERAZ et monsieur Z soutiennent enfin qu'il y a eu manquement au principe du contradictoire en première instance au motif que, le délibéré étant fixé au 2 février 2017, la société SERCA a adressé au juge, le 20 janvier 2017, 12 pages de conclusions et des pièces dont certaines étaient postérieures à l'audience, notamment le procès-verbal d'assemblée générale du 8 janvier 2017 ;

Attendu toutefois que le juge avait autorisé la production de cette note en délibéré qu'il a implicitement écartée puisqu'il n'y répond pas dans son ordonnance ;

Que la société SERAZ y a d'ailleurs répondu par lettre du 25 janvier 2017 ;

Qu'il n'y a donc pas eu d'atteinte au principe du contradictoire, dont la seule sanction au demeurant serait la nullité de l'ordonnance, laquelle n'est pas demandée par les appelants ;

Attendu, sur le fond de l'affaire, qu'il ressort des pièces du dossier que la société SERCA a pour nom de domaine 'castelemeraude.fr' et qu'un site a été conçu sur ce nom de domaine; qu'en juin 2012, un hébergeur a été choisi en la personne de la société INFO HELP ; qu'en avril 2015, en raison de la fermeture de la société INFO HELP l'hébergement du site et de ses annexes a été transféré chez l'hébergeur la SAS OVH ; qu'en février 2016, à l'occasion d'une panne de ses outils informatiques de travail, la société SERCA a constaté que son nom de domaine était enregistré depuis avril 2015 auprès de la société OVH comme s'il était la propriété de la société SERAZ représentée par monsieur Jakes Z, son président, qui avait aussi été celui de la société SERCA avant de démissionner le 18 novembre 2015 ;

Que, pensant à une erreur matérielle liée au changement d'hébergeur et à une confusion possible entre le nom, assez proche, des deux sociétés représentées alors par la même personne, la société SERCA a essayé de résoudre le problème à l'amiable ;

Que, n'y parvenant pas, elle a saisi le juge des référés du tribunal de grande instance de Nice d'une demande tendant à voir constater que le nom de domaine castelemeraude.fr, du site www.castelemeraude.fr et l'adresse de messagerie associée contact@castelemeraude.fr sont sa propriété, et ordonner ainsi à la société OVH de rétablir la situation ;

Attendu que la demande initiale était fondée sur l'article 808 du code de procédure civile ;

Attendu que cet article dispose que, dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ;

Attendu que la société SERCA motivait l'urgence par le fait que l'erreur de domiciliation de son nom de domaine, de son site et de l'adresse de messagerie rendait difficile la négociation relative à la vente de son fonds de commerce ;

Que toutefois, le fonds a été vendu, de sorte que la notion d'urgence n'est plus caractérisée et que, sur le terrain de l'article 808 susvisé, il n'y a donc pas lieu à référé ;

Attendu que l'article 809 du code civil dispose que 'le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite' ;

Attendu que le litige a pour objet la remise en état du trouble illicite qui consiste dans l'inscription sous le compte de la société SERAZ d'éléments de fonds de commerce appartenant à la société SERCA ;

Attendu que la société SERAZ soutient qu'une convention en date du 30 juin 2012 conclue entre les parties stipule que 'la société SERAZ met à la disposition de la société SERCA des téléphones mobiles intégrés dans son parc d'entreprise Orange ainsi que des ressources dans le cadre d'un partage et d'une mise en commun avec la société SERAZ avec pour objet en 2° 'l'utilisation de ressources informatiques et logiciels communs' ;

Que, selon elle, il n'appartient pas au juge des référés d'interpréter la convention ; qu'elle ajoute que, si elle ne se prétend pas propriétaire du site, il ne saurait pour autant pas lui être imposé d'abandonner ses droits sur tout ou partie du compte qu'elle a ouvert auprès de la société OVH ;

Attendu que cet argument est sans intérêt pour la solution du litige car il n'apparaît pas que le compte auprès d' OVH dont se prévaut l'appelante comporte autre chose que le site contesté, et que, sans interpréter la convention, la présente cour peut à l'évidence dire que la mise en commun de l'utilisation de ressources informatiques ne va pas jusqu'à permettre à une société de se prévaloir d'un site dont elle n'est pas propriétaire ;

Attendu que la société SERAZ prétend également que le nom 'castelemeraude' est la raison sociale du syndicat des copropriétaires et non celle de la société SERCA dont l'objet est non pas la gestion de la copropriété CASTELEMERAUDE mais la fourniture de services hôteliers et de restauration en résidence hôtelière et de services dans la copropriété ;

Que toutefois, cet argument est sans intérêt sur la solution du litige puisque, si la copropriété est dénommée CASTELEMERAUDE, il n'en demeure pas moins qu'il ressort de l'extrait K bis de la société SERCA qu'elle a pour nom commercial CASTEL EMERAUDE ; qu'il est constant qu'elle a ouvert un site à ce nom, qui fait partie des éléments de son fonds de commerce ; qu'il n'y a pas de confusion possible avec le nom de la copropriété qui n'est pas concernée par le litige et n'a pas à être appelée en la cause ;

Attendu enfin que la société SERAZ appuyée sur ce point par la société OVH se prévaut du fait que, dans un arrêt SUNSHINE de la chambre commerciale du 9 juin 2009, la cour de cassation a posé le principe selon lequel le transfert de l'autorisation d'un nom de domaine ne constitue ni une mesure conservatoire ni une mesure de remise en état de sorte que le juge des référés est incompétent pour connaître de ce chef de demande ;

Attendu toutefois que cet arrêt concernait la réservation par un commerçant d'un nom de domaine déjà utilisé par une société, ce commerçant se prévalant de l'article R 20-44-45 du code des postes et des communications électroniques pour dire qu'il avait un intérêt légitime au sens de cet article à se voir réserver le nom de domaine 'Sunshine' ;

Qu'il s'agissait donc d'examiner la question de fond de la légitimité du transfert ;

Attendu que tel n'est pas le cas du présent litige ;

Que la société SERAZ indique clairement, dans ses motifs de conclusions, qu'elle ne prétend pas à la propriété du site ; que, de surcroît, elle n'invoque aucun intérêt légitime pour se voir accorder le nom de domaine de l'intimée ; qu'il s'agit seulement de faire procéder auprès de l'hébergeur à une rectification permettant de prendre en compte l'erreur évidente de domiciliation du nom de domaine, du site et de la messagerie de la société SERCA commise lors du passage de ces éléments de la société INFO HELP à la société OVH ;

Attendu qu'il en résulte que le trouble manifestement illicite consiste dans le fait que le nom de domaine, le site et la messagerie associée, restent inscrits chez l'hébergeur au nom de la société SERAZ qui ne revendique pourtant aucun droit sur ces éléments dont il ressort à l'évidence qu'ils sont la propriété de la société SERCA ;

Attendu, sur la remise en état, que la société OVH invoque la convention la liant aux parties, en son article 8 des conditions générales de service, pour dire qu'elle n'avait pas à être atraite en la cause, qu'elle se plie aux décisions qui lui sont notifiées et qui sont portées à sa connaissance et qu'elle conteste donc la décision rendue à son encontre par le premier juge ; qu'elle tirerait en l'espèce les conséquences de la décision prononcée pour le cas où la propriété des éléments litigieux serait attribuée à la société SERCA sans qu'il y ait lieu de lui ordonner de remettre les choses en l'état sous astreinte ;

Attendu toutefois que la société OVH ne justifie pas, par la production au dossier du contrat dont elle se prévaut, que l'article 8 soit opposable à la société SERCA ;

Attendu qu'en l'absence de demande contre la société SERAZ elle est en mesure et a même l'obligation, en l'absence de contestation sur le fond de la propriété, de restituer à la société SERCA l'accès à son nom de domaine 'caste lemeraude.fr', à son site wwwcastelemeraude.fr et à la messagerie associée 'contact [@castelemeraude.fr](mailto:contact@castelemeraude.fr)' ; qu'il lui sera donc ordonné de le faire ;

Qu'en revanche, il n'y a pas lieu à astreinte puisque la société OVH s'est exécutée et n'a jamais montré la moindre résistance pour ce faire ;

Attendu que la société SERCA sollicite en cause d'appel la condamnation de monsieur Z et de la société SERAZ à lui payer la somme de 3 000 euros au visa des articles 1240 et suivants du code civil ;

Qu'il sera noté qu'elle ne formule pas cette demande de dommages-intérêts à titre provisionnel, contrairement aux dispositions de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure pénale ;

Qu'elle ne justifie pas du préjudice subi dans le cadre de la cession de son fonds qui était déjà effective au moment où le premier juge a statué ; qu'il n'y a donc pas lieu à référé sur ce point;

Attendu qu'il ne paraît pas inéquitable de condamner monsieur Z et la société SERAZ in solidum à payer à la société SERCA et à la société OVH la somme de 1 500 euros chacune sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel et de laisser à la charge de la société SERAZ et de monsieur Z leurs propres frais irrépétibles d'appel ;

PAR CES MOTIFS

DIT n'y avoir lieu de surseoir à statuer ;

DIT qu'il n'y a pas eu de manquement au principe du contradictoire ;

CONFIRME l'ordonnance déferée dans toutes ses dispositions, sauf en ce qu'elle a prononcé une astreinte à l'encontre de la société OVH ;

STATUANT à nouveau ;

DIT n'y avoir lieu à mettre une astreinte à la charge de la société OVH ;

Y AJOUTANT :

DIT n'y avoir lieu à référé sur la demande de dommages-intérêts de la société SERCA ;

LAISSE à la charge de monsieur Z et de la société SERAZ leurs propres frais irrépétibles ;

CONDAMNE la société SERAZ et monsieur Z in solidum à payer à la société SERCA prise en la personne de son liquidateur et à la société OVH la somme de 1 500 euros chacune sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

CONDAMNE la société SERAZ et monsieur Jakes Z in solidum aux entiers dépens d'appel .

Le greffier
La présidente